

## 1.1. Decisão de Consciência

# DECISÃO DE CONSCIÊNCIA

**Daniela de Freitas Marques**

*Professora Assistente do Departamento de Direito e Processo Penal  
. Mestre em Ciências Penais pela FDUFMG. Doutoranda em Ciências Penais na FDUFMG*

**Sumário:** 1.1. Decisão de Consciência – 1.2. Escola de Frankfurt – 1.2.1. Antígona, de Sófocles – 1.2.2. A visão seqüencial dos requisitos do fato punível – 2.1. Caracterização da decisão de consciência – 2.1.1. O estágio 6: a aceitabilidade pelo direito da decisão de consciência – 2.1.2. Os estágios morais segundo Kohlberg. Autor por convicção e Autor por consciência. A proposta de Hans Welzel – 2.1.2.1. Autores por caráter manipulador ou autores por consciência coisificada. O contributo de Theodor Adorno – 2.1.2.2. A decisão de consciência e os estágios de desenvolvimento moral – 2.1.3. Decisão de consciência como o mais alto estágio da consciência moral na ótica da ética da comunicação – 2.2. Decisão de consciência – 2.2.1. Decisão de convicção e decisão de conveniência – 3. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## 1.1. Decisão de Consciência\*

A *decisão de consciência*<sup>1</sup> é um problema da modernidade. Somente a partir da **República de Weimar**,<sup>2</sup> principalmente com o aval e a autoridade dos estudos de Gustav Radbruch, é que o discurso jurídico penal prestou atenção ao tema.

Decisão de consciência é toda conduta humana praticada em conformidade com uma determinada visão de mundo. Daí, a menção da doutrina ao *autor por convicção de consciência*, ou seja, aquele “que age de acordo com uma visão de mundo que rejeita o comando jurídico e que não é superior nem inferior, mas oposta”. (Dias, 1986, p.15)

O tratamento da decisão de consciência, como tema até então adstrito à Alemanha, não fugiu aos pilares fundamentais do período nazista:

o ‘Führerprinzip’ e o ordinalismo concreto (concepção para a qual o direito é a ‘ordem vital que se realiza no ser, que continuamente se renova numa execução viva’). Todo o crime surge, neste contexto, como violação de um dever de fidelidade

\* Texto apresentado como monografia da disciplina Teoria da Constituição, no 1º semestre de 1.999, na Faculdade de Direito da UFMG.

<sup>1</sup> A decisão de consciência e a objeção de consciência são conceitos equivalentes. Enquanto a decisão é uma resolução, determinação ou deliberação, a objeção é uma oposição ou contestação. Por ser mais amplo, é preferível adotar o vocábulo decisão, por se referir, com maior precisão, à escolha tomada num ato de reflexão. Neste sentido, Habermas citado por Chaves Camargo: “quando conheço o que é bom para mim, já me aproprio também, de certa maneira, do conselho – este é o sentido de uma decisão consciente.” Cf. CHAVES CAMARGO, A. L. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p.185.

Também são muito utilizadas as expressões “crimes de consciência” e “autores por convicção de consciência”, entretanto, é bom salientar que nem toda decisão de consciência caracteriza-se como crime, ou seja, como uma conduta típica, ilícita e culpável; tampouco deve ser prestigiada a classificação por um único tipo de autor, porque, conforme será demonstrado no curso do presente artigo, há três tipos de autores por decisão de consciência. Cf. Item 2. Por enquanto, será utilizado o termo autor por convicção de consciência obedecendo à evolução histórica do conceito.

<sup>2</sup> A dogmática juridico-penal, na época da **República de Weimar**, chegou a um alto nível de elaboração científica na linha da Escola Sud-Occidental alemã do neokantismo. Nesta época, foram realizados vários trabalhos em prol da reforma total do Direito Penal, destacando-se dentre eles, o Projeto do então Ministro da Justiça, Gustav Radbruch, elaborado em 1922, com fundamento nos postulados da Escola Moderna de Von Liszt e que, posteriormente, influenciou o Projeto Alternativo do Código Penal Alemão de 1966. E, tendo em vista o modelo democrático liberal burguês que serviu de fundamento à República de Weimar, não causa espanto que o problema da decisão de consciência ocupasse especial importância, por estar ligado às liberdades clássicas.

O tratamento jurídico penal conferido ao autor por convicção de consciência deu-se, no Projeto apresentado em 1922, por meio da chamada “custódia honesta” – “Einschliessung” – previsto no § 71 que previa a substituição da pena privativa de liberdade se “o motivo determinante consistiu numa convicção ética, religiosa ou política com base na qual o agente se sentiu obrigado à prática do fato”. Já, em 1927, o § 72 trouxe uma alteração significativa: a aplicação da custódia honrosa dependia do fato de ter o agente atuado “exclusivamente por motivos honrosos” e da menor censura dos meios utilizados para a execução do fato imputado ao agente e das conseqüências dele advindas. Cf. DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*. 1.ed.Coimbra: Livraria Almedina, 1986,p.15/6.

que os cidadãos têm para com a comunidade e o Führer, deslocando-se o centro do sistema penal para o interior do homem, para as fontes de fidelidade. (*Idem*, p.17)

Com efeito, ao autor por convicção de consciência era dispensado um tratamento privilegiado desde que não infringisse a honra e o bem estar do povo<sup>3</sup> alemão, ou seja, a “Volksehre” que, em última instância, eram as razões do *Terceiro Reich*.

Contrariamente a outras categorias dogmáticas – como o princípio da reserva legal, a noção de bem jurídico e a elaboração da inexigibilidade de conduta diversa – consideradas como um “enfraquecimento do esqueleto do Direito Penal” (Muñoz Conde, 19—, p.12), o tratamento conferido à decisão de consciência, durante o período do nacional-socialismo, foi semelhante ao proposto em 1922 e também às modificações posteriores do Projeto de Gustav Radbruch. A continuidade de enfoque serve tanto para demonstrar que o nacional-socialismo não representou uma “ruptura” com os postulados da República de Weimar, antes aliou-se, justamente, a sua vertente mais conservadora e autoritária, quanto para demonstrar a vulnerabilidade do conceito até então dispensado ao autor por convicção de consciência, em razão de sua plasticidade e mobilidade.

A discussão sobre o tratamento conferido ao autor por convicção de consciência<sup>4</sup> foi retomada, no pós-guerra, nas sessões da Grande Comissão para a reforma do direito penal, que culminaram no Projeto de 1962. A 27ª sessão, realizada em 3 de setembro de 1959, teve como tema a “pena especial para o autor por convicção”.

Edmund Mezger, embora atuante na justificação do nazismo, entendeu, na esteira de Krille, inexistir qualquer justificativa para uma disposição especial de isenção de pena ou um tratamento penal diferenciado do autor por convicção de consciência.

<sup>3</sup> Conceitos como o de “vontade do povo”, “espírito do povo”, “bem estar do povo” e outros análogos são facilmente manipuláveis, por serem suscetíveis de se adaptar a qualquer tipo de conteúdo. Por esta razão, são freqüentemente, utilizados com distorção, assumindo ora um caráter progressista, ora um caráter conservador e, não raro, extremamente autoritário.

<sup>4</sup> Para uma evolução detalhada sobre o tema: DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*. 1.ed.Coimbra: Livraria Almedina, 1986,p.13/29.

Bastante significativa esta posição, porque o seu fundamento é o *positivismo ético moderado*<sup>5</sup>:

Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto, para sua versão extremista trata-se de um *valor final*, para a moderada trata-se de um valor instrumental .... pois, embora considerando o direito como uma realidade técnica e não ética, prefere o direito à anarquia devido ao valor (a ordem) que o primeiro permite realizar ... A concepção da ordem como fim próprio do direito explica a importância que o elemento coação tem na doutrina juspositivista. (Bobbio, 1996, p.230)

Evidentemente, a postura de obediência às normas gerais e abstratas, em conformidade com a escolha do valor adotado pelo Estado, serviu como uma contra-reação ou obstáculo aos desmandos autoritários do período do nazi-fascismo.

Hans Welzel, elaborador do modelo final de conduta humana<sup>6</sup>, foi a voz discordante na sessão de 1959. E, na ocasião, distinguiu, pela primeira vez, *autor por convicção* e *autor por consciência*, propondo para o último um tratamento penal muito semelhante ao do erro de proibição.

As convicções por si só não abonam em favor do agente: o fanático que segue por obediência cega uma ordem que lhe é dada sem ter mantido uma luta de consciência para a rectidão da sua decisão, não é merecedor de qualquer respeito. Só o são as convicções políticas ou religiosas que preenchem os requisitos de uma autêntica decisão de consciência. (Dias, 1986, p.21)

<sup>5</sup> A expressão é de Norberto Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. 1.ed. São Paulo: Ícone Editora, 1996

<sup>6</sup> O modelo finalista de conduta humana apresenta uma certa conexão ideológica com o ordinalismo concreto. É a concepção de Hassemer: “Evidentemente, a teoria finalista da ação (assim como na verdade toda a dogmática penal dos inícios da República Federal da Alemanha, mas aqui mais acentuadamente) tem muito a ver com o ideário nazista.”(HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.19). Não só pela sua fundamentação em conceitos ontológicos, em ‘categorias do ser’ o que acarreta, necessariamente, uma concepção absolutizante e fechada ao diálogo, mas, sobretudo, pela acepção pessoal da conduta humana e da ilicitude que encontra um certo correspondente no ‘direito penal da vontade’ do nacional-socialismo. Cf. HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.20.

Na década seguinte, uma nova situação espiritual muda os rumos da discussão sobre a decisão de consciência.<sup>7</sup>

Enquanto o projeto do Código Penal Alemão filiava-se à pena especial não desonrosa, o projeto alternativo propunha uma declaração de culpa com renúncia de pena. Entretanto, de certa forma, tanto um quanto outro fizeram ouvidos moucos à nova concepção de bem jurídico, que assume na atual teoria penal uma importância ímpar.

A doutrina portuguesa, na esteira fiel do ensinamento alemão, entende que a decisão de consciência concerne a uma “legitimidade do fim”.

Neste contexto a persuasão da licitude significa coisa distinta de persuasão da legitimidade. No primeiro caso – que a doutrina alemã designou por ‘convicção jurídica’ (*‘Rechtsüberzeugung’*) – o agente está convencido de que, por exemplo, um princípio ou uma norma constitucional tornam ilícito o seu facto. Aplicam-se aqui sem qualquer particularidade as regras do erro sobre a ilicitude. No segundo caso – que a doutrina alemã designa por ‘convicção de dever’ (*‘Pflichtüberzeugung’*) e que constitui o cerne do verdadeiro autor por convicção – o agente não se encontra em erro dado que ele afirma o seu motivo pessoal em oposição ao bem ou valor cuja observância a norma jurídico penal exige. (Dias, 1986, p.27)

Na Espanha, ao menos para Munõz Conde (1994), a decisão de consciência é vista no paralelo consciência/conveniência e, até certo ponto, é conferido ao tema um tratamento casuístico.

---

<sup>7</sup> O tratamento penal privilegiado dispensado à decisão de consciência, em conformidade com vários projetos e vozes autorizadas da Alemanha, viola o princípio da igualdade. Ademais, como aplicar uma sanção criminal que não seja, em si mesma, um castigo, uma vergonha? Outra dificuldade, insuperável desta feita, diz respeito ao enfoque desvirtuado: o problema não é a pena a ser aplicada à decisão de consciência ou aos autores por convicção ou consciência (na perspectiva de Hans Welzel), mas o que se deve entender por decisão de consciência ou por autores de convicção ou consciência. Esta mudança de enfoque não significa a existência de uma solução ao problema mas, simplesmente, uma melhor maneira de perguntar, por oferecer uma perspectiva aberta, dialógica. Ao invés de: “Como tratar, no direito penal, o autor por convicção ou por consciência?”, pergunta-se: “O que é decisão de consciência?”.

Neste contexto, o Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE 12, 45, 55) entendeu como decisão de consciência “ toda a decisão séria de carácter moral, quer dizer orientada pelas categorias do ‘Bem’ e do ‘Mal’”, que o indivíduo experimenta interiormente numa determinada situação como algo vinculativo e incondicionalmente obrigatório, de tal forma que não pode actuar contra ela sem violentar seriamente sua consciência”. ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*. Munique, 1992, p.643 citado por MUNÕZ CONDE, Francisco. *A objecção de consciência em processo penal* (Universidade Central de Barcelona). Tradução de Eduardo Maia Costa. Comunicação pessoal, 1994.

Apesar de alhures a decisão de consciência ser uma preocupação constante, o tema permaneceu alheio à teoria penal brasileira.<sup>8</sup>

## 1.2. Escola de Frankfurt

As perguntas de Silva Dias (1986, p.32) podem ser reproduzidas agora:

Existe uma ética objetiva, preordenada, da qual se possam retirar conteúdos de bem e mal com os quais a consciência se deve conformar? Haverá uma ordem ética do mundo, uma ‘lei da criação’ que constitua o pressuposto da decisão, como quer WELZEL? Ou é a decisão de consciência uma decisão incondicionada que não pode ser compreendida nem subjectiva nem objectivamente pelo seu conteúdo, mas apenas em comunicação existencial? Serão as decisões de consciência susceptíveis de uma definição racional? Terá alguma consistência a um nível extrajurídico, a distinção doutrinal entre autores por convicção e autores de consciência?

<sup>8</sup> Não há notícia, no Brasil, de qualquer tratamento monográfico sobre o assunto. Exceção feita à obra de Cf. CHAVES CAMARGO, A. L. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

Há uma visão, frequentemente ignorada pela teoria alemã, pertencente, contudo, ao pano de fundo cultural de países com marcada tradição católica como são Espanha, Portugal e Brasil, que é a perspectiva da Igreja. Já nos **Atos dos Apóstolos 5, 29** encontram-se nas palavras de Pedro e dos Apóstolos: “É preciso obedecer mais a Deus do que aos homens.”

“Os Bispos latino-americanos, reunidos em Puebla em 1979, falaram da objeção de consciência como um dos direitos emergentes no mundo atual. Referem-se a ele como um direito legítimo e que deve ser reconhecido, contanto que não viole as justas exigências da ordem pública” Cf. STROEHER, Egon A.

A objeção de consciência. *Teocomunicação*. 27 v. Porto Alegre: PUC, setembro 1997, p.251.

Também é o posicionamento do Concílio Vaticano II: “Acontece não raro contudo que a consciência erra, por ignorância invencível, sem perder no entanto sua dignidade. Isto, porém, não se pode dizer quando o homem não se preocupa suficientemente com a investigação da verdade e do bem, e a consciência pouco a pouco pelo hábito do pecado se torna quase obcecada.” (*Idem*, p.254)

Assim, seriam requisitos da decisão de consciência, ou segundo a terminologia utilizada, da objeção de consciência:

- 1) Objektor humilde. O orgulho não acompanha a eticidade de uma decisão de consciência.
- 2) Abertura do objektor para o diálogo, sendo que este por meio da oração, deve buscar o rumo a ser seguido.
- 3) Suavidade e mansuetude na decisão de consciência.
- 4) Preocupação com a dimensão social, porque a ética da responsabilidade pelo comunitário não pode ser ignorada e posta de lado pela ética da convicção pessoal. (*Idem*, p.254/255)

A crítica feita à postura da Igreja é a de que a objeção de consciência sempre é vista como “moralmente boa” em relação à normas ou prescrições das autoridades civis. E, a “boa decisão” é vista como fruto do Evangelho quando, na verdade, a valorização da conduta como boa, da consciência como cristã é, sobretudo, histórica.

As múltiplas perguntas revelam variadas visões filosóficas. Ora, evidentemente, o tema da decisão de consciência deve ser visto como um saber aberto, porque as respostas dadas ao problema com a pretensão de verdadeiras ou corretas, serão, afinal, meros fragmentos de idealidade e, “ao mesmo tempo nós sabemos, porém, que certos argumentos, que hoje nos parecem consistentes, poderão revelar-se falsos no futuro, à luz de novas experiências e informações.” (Habermas, 1993, p.98)

Toma-se, como ponto de partida, a perspectiva da filosofia da interação abandonando-se a da filosofia da consciência. Portanto, adotando como marco teórico os estudos da Escola de Frankfurt, desenvolvidos desde 1940, com Horkheimer, Marcuse, Adorno, Apel, Habermas, dentre outros, é que se procurará dar uma visão das decisões de consciência.

### **1.2.1. Antígona, de Sófocles : o conflito moral**

É suficiente, por ora, recorrer à mitologia como um dos primeiros exemplos tomados como de decisão de consciência e a análise filosófica sobre esta decisão. Trata-se da tragédia grega **Antígona**, de Sófocles.

Como se sabe Édipo e Jocasta tiveram quatro filhos: Antígona, Ismênia, Eteócles e Polinices. Édipo casou-se com a própria mãe e, uma vez cumprido o seu terrível destino, vazou os olhos e passou a peregrinar, vindo, posteriormente, a morrer em Colono. Ascende então ao trono tebano, Creonte, irmão de Jocasta, cunhado e tio de Édipo, também tio dos filhos de Édipo. Os irmãos de Antígona, lutam em campos opostos em Tebas, Eteócles, a favor e Polinices, contra Creonte e, numa luta, ambos sucumbem.

Creonte presta todas as homenagens a Eteócles, como um verdadeiro herói tebano, enquanto que a Polinices, considerado inimigo de Tebas, é proibido o enterro, devendo permanecer exposto às intempéries. Antígona, sabedora do pregão, após, inutilmente, tentar convencer a irmã, desafia o tirano e executa o funeral de Polinices. Creonte, avisado do fato, manda trazer a culpada.

E, o diálogo entre ambos, apresentado na versão de Mata-Machado (1986, p.59), é uma das mais belas páginas desta tragédia:

*“ Creonte (para Antígone)*

*Tu, que, pendida a frente, estás o chão fitando,  
Responde à acusação. Estou interrogando.  
És tu a delinqüente; ou negas o atentado?*

*Antígone*

*Longe de mim negá-lo. Eu tudo hei praticado.*

*Creonte*

*Sabias do edital? Responde: sim ou não?*

*Antígone*

*Ninguém deixou de ouvir em Tebas o pregão;  
O edital figurou em toda praça e rua.*

*Creonte*

*E não o respeitastes? É grande a audácia tua.*

*Antígone*

*Não foi do Sumo Zeus essa ordem emanada.  
Nem a justiça a impôs dos Manes na morada.  
Do céu não procedeu. Nem podia acudir-me  
Que um decreto de rei ou ato humano infirme  
Inolvidáveis leis, eternas, não escritas,  
À raça dos mortais por imortais prescritas.  
Não são d'ontem nem d'hoje; estranhas são às datas.  
Têm existido sempre, imutáveis, inatas.  
Por humana coação leis santas infringir  
Fora da divindade a cólera atrair. ”*

Como consequência de seus atos, Antígona foi condenada à morte e, o tirano, após uma infrutífera busca de legitimação em Ismênia, em Hêmon, seu próprio filho e noivo de Antígona, em Tirésias, velho sá-

bio, recapitula da decisão. Entretanto, a tragédia já se consumara, Hêmon, diante do túmulo da noiva, suicida-se e, Eurídice, esposa de Creonte, ao receber a notícia da morte do filho, segue os seus passos. Creonte lastimase, porque a vida agora lhe será um castigo.

Após esta breve explanação, cumpre assinalar que a decisão de Antígona parte de uma perspectiva monológica: a sua escolha é a única verdadeira em consonância com a lei divina e a lei do sangue. A perspectiva inicial de Creonte é, igualmente, monológica: a lei da *polis* deve prevalecer. Ambos tomam um princípio moral, como absoluto e verdadeiro.

Bárbara Freitag (1989, p.114), num interessante artigo intitulado “O Conflito Moral”, que segue a estrutura do “Banquete” de Platão, analisa a tragédia de Sófocles, sob a perspectiva habermasiana:

Ambos os heróis erram. Sua “consciência moral” pode ter refletido vontade, liberdade e autonomia. Mas, do ponto de vista moral do todo, ambos erraram por agirem antes de pensar.

Embora a tragédia de Sófocles tenha sido analisada sob vários aspectos, inclusive no âmbito do Direito, a sua dimensão na ótica do discurso jurídico esteve, quase sempre, vinculada à perspectiva jusnaturalista. A “consciência moral” de Antígona<sup>9</sup>, determinando a sua conduta, é contrária à proibição estatal, portanto, um dos mais velhos exemplos de decisão de convicção – não de consciência -, que, contudo, somente a partir deste século foi alvo de estudos na teoria penal.

---

<sup>9</sup> É interessante notar que as situações frequentemente se repetem. Uma “Antígona” moderna, “com a diferença de que não se tratava de personagens fictícios de uma tragédia, e sim de personagens reais, envolvidos numa tragédia de facto, encenada pela Rote Armee Fraktion e o governo social-democrata da República Federal da Alemanha nos anos 70. Gudrun Ensslin, filha de um pastor protestante, assumiu o papel de Antígona, transposto para uma sociedade do capitalismo tardio. Em nome das injustiças praticadas pelo estado capitalista moderno, participou de ações terroristas contra americanos radicados em território alemão, banqueiros, pessoas inocentes. O seu marido e pai de seu único filho suicidou-se. A irmã reformista, feminista convicta, é forçada pelas circunstâncias criadas por Gudrun a envolver-se no assunto. Aliás, o cineasta von Trotta conseguiu retratar de forma muito sutil o drama das duas irmãs em seu filme intitulado “Die bleierne Zeit” (Tempos de Chumbo). A irmã acabou assumindo o filho semi-órfão de Gudrun, encarregou-se dos pais, pietistas ortodoxos que nada pareciam compreender, empenhou-se na defesa de Gudrun, quando essa foi capturada e condenada à prisão perpétua pelas leis de Bonn. E, finalmente, acabou enterrando o corpo de Gudrun, depois de seu suicídio, juntamente com Baader e outros companheiros de luta, na prisão de Starnheim (Stuttgart).” FREITAG, Bárbara. O Conflito Moral. *Rev. TB.* v.98, p.79-124, 1989.

### 1.2.2. A visão seqüencial dos requisitos do fato punível.

Logicamente, a adoção de uma visão fundamentada nos ensinamentos da Escola de Frankfurt acarretará conseqüências tanto na interpretação quanto no exato posicionamento da decisão de consciência na estrutura do fato punível.

Na interpretação, por ser a linguagem a categoria central da ética do discurso, isto é, as pessoas são obrigadas a se comunicarem, havendo, portanto, aí um paradoxo: o de que as pessoas se comunicam porque não conseguem se comunicar. Ora, a adoção da linguagem na ética do discurso faz com que com a razão dialógica assuma o papel da monológica de Kant: todos os pontos de vista devem ser respeitados, prevalecendo o melhor argumento.

Por outro lado, não há como ignorar os requisitos do fato punível: o tipo, a ilicitude e a culpabilidade. A conduta, praticada por força de uma decisão de consciência, pode ser atípica, lícita em razão de uma excludente ou não culpável, ou ainda, considerada como crime. É certo que a análise de cada decisão de consciência ou de conveniência há de ser examinada de forma seqüencial.

Muñoz Conde (1994), citando Hassemer, diz expressamente: o sistema do facto punível não só contém regras técnicas para a aplicação da pena, como também uma hierarquia normativa dos graus de imputação. O peso da imputação vai aumentando à medida que se passa de um grau para outro.

Finalmente, são apresentadas aqui as escolhas conscientes que podem vir a constituir crimes:

- Decisão tomada com fundamento na consciência religiosa;<sup>10</sup>
- Decisão tomada com fundamento na livre expressão do pensamento;

<sup>10</sup> Aliás, as decisões tomadas com fundamento na consciência religiosa são, por excelência, as decisões de consciência. Mesmo que qualquer religião ou sistema de crenças de uma determinada pessoa sejam indemonstráveis, por não serem suscetíveis de racionalização, não resta dúvida alguma do relevo assumido pelas decisões tomadas devido a estes códigos de fé. A este respeito, Adorno, citado por Habermas, "nada do conteúdo teológico manter-se-á inalterado; tudo terá que se submeter à prova da emigração para o secular, profano." Cf. HABERMAS, Jürgen. Sobre o Alcance e as limitações das teorias. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário. 94v. 1993, p. 112.

- Decisão tomada com fundamento na consciência política;
- Decisão tomada com fundamento na liberdade de experimentação científica;
- Decisão tomada com fundamento na consciência profana do 'justo' e do 'injusto';

## 2.1. Caracterização da decisão de consciência

Toda decisão de consciência envolve um juízo moral.

Nada mais lógico, portanto, do que recorrer aos estágios desenvolvidos por Kohlberg que, juntamente com Piaget, partilha a concepção de desenvolvimento moral contínuo e gradativo, utilizados, tanto por Karl-Otto Apel quanto por Habermas, na elaboração de uma ética discursiva.

Reproduz-se agora os seis estágios (estádios<sup>11</sup>) morais segundo Kohlberg, citado por Habermas (1989, p.152-4) :

### Nível A. Nível pré-convencional

#### Estádio 1. O Estádio do Castigo e da Obediência

*Conteúdo:* O direito é a obediência literal às regras e à autoridade, evitar o castigo e não fazer mal físico.

1.O que é direito é evitar infringir as regras, obedecer por obedecer e evitar causar danos físicos a pessoas e propriedades.

2.As razões para fazer o que é direito são o desejo de evitar o castigo e o poder superior das autoridades.

Estádio 2. O Estádio de Objetivo Instrumental Individual e da Troca.

---

<sup>11</sup> A expressão "estádio" é utilizada na tradução da obra de Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.152-4

1.O que é direito é seguir as regras quando for de seu interesse imediato. O direito é agir para satisfazer os interesses e necessidades próprias e deixar que os outros façam o mesmo. O direito é também o que é eqüitativo, isto é, uma troca igual, uma transação, um acordo.

2.A razão para fazer o que é direito é servir às necessidades e interesses próprios num mundo em que é preciso reconhecer que as outras pessoas também têm seus interesses.

### **Nível B. Nível Convencional**

Estádio 3. O Estádio das Expectativas Interpessoais Mútuas, dos Relacionamentos e da Conformidade.

*Conteúdo:* O direito é desempenhar o papel de uma pessoa boa (amável), é preocupar-se com as outras pessoas e seus sentimentos, manter-se leal e conservar a confiança dos parceiros e estar motivado a seguir regras e expectativas.

1.O que é direito é corresponder ao que esperam as pessoas que nos são próximas ou àquilo que as pessoas geralmente esperam das pessoas em seu papel como filho, irmã, amigos etc. 'Ser bom' é importante e significa ter bons motivos, mostrar solicitude com outros. Também significa preservar os relacionamentos mútuos, manter a confiança, a lealdade, o respeito e a gratidão.

2. As razões para fazer o que é direito são: ter necessidade de ser bom a seus próprios olhos e aos olhos dos outros, importar-se com os outros e porque, se a gente se pusesse no lugar do outro, a gente iria querer um bom comportamento de si próprio (Regra de Ouro).

Estádio 4. O Estádio da Preservação do Sistema Social e da Consciência.

*Conteúdo:* O direito é fazer o seu dever na sociedade, apoiar a ordem social e manter o bem-estar da sociedade ou do grupo.

1. O que é direito é cumprir os deveres com os quais se concordou. As leis devem ser apoiadas, exceto em casos extremos em que entram em conflito com outros deveres e direitos sociais estabelecidos. O direito também consiste em contribuir para a sociedade, o grupo ou a instituição.

2. As razões para fazer o que é direito são: manter em funcionamento a instituição como um todo, o auto-respeito ou a consciência compreendida como o cumprimento das obrigações definidas para si próprio ou a consideração das conseqüências: “E se todos fizessem o mesmo?”

### **Nível C. Nível Pós-Convencional ou Baseado em Princípios**

As decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios com que concordam (ou podem concordar) todos os indivíduos compondo ou criando uma sociedade destinada a ter práticas leais e benéficas.

Estádio 5. O Estádio dos Direitos Originários e do Contrato Social ou da Utilidade.

*Conteúdo:* O direito é sustentar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo.

1. O que é direito é estar cômico do fato de que as pessoas adotam uma variedade de valores e opiniões, que a maioria dos valores e regras são relativos ao seu grupo. Essas regras ‘relativas’, contudo, devem em geral ser apoiadas no interesse da imparcialidade e porque elas são o contrato social. No entanto, alguns valores e direitos não-relativos, tais como a vida e a liberdade, têm que ser apoiados em qualquer soci-

idade independentemente da opinião da maioria.

2. As razões para fazer o que é direito são em geral: sentir-se obrigado a obedecer à lei porque a gente fez um contrato social de fazer e respeitar leis, para o bem de todos e para proteger seus próprios direitos e os direitos dos outros. As obrigações de família, amizade, confiança e trabalho também são compromissos ou contratos assumidos livremente e implicam o respeito pelos direitos dos outros. Importa que as leis e deveres sejam baseados num cálculo racional de utilidade geral: 'o maior bem para o maior número'.

Estádio 6. O Estádio de Princípios Éticos Universais.

*Conteúdo:* Esse estágio presume a orientação por princípios éticos universais, que toda a humanidade deve seguir.

1. No que diz respeito ao que é direito, o estágio 6 é guiado por princípios éticos universais. As Leis ou acordos sociais particulares, são, em geral, válidos porque se apoiam em tais princípios. Quando as leis violam esses princípios, a gente age de acordo com o princípio. Os princípios são princípios universais de justiça: a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos. Estes não são meramente valores reconhecidos, mas também são princípios usados para gerar decisões particulares.

2. A razão para fazer o que é direito é que a gente, enquanto pessoa racional, percebeu a validade dos princípios e comprometeu-se com eles.

Igualmente, Kohlberg citado por Habermas (Idem, p.159-60) adota seis estágios ou estádios de perspectivas sociais:

1. Este estágio adota um ponto de vista egocêntrico. Uma pessoa neste estágio não considera os interesses dos outros ou reconhece que diferem dos interesses do ator, nem relaciona dois pontos de vista. As ações são julgadas antes em termos das conseqüências físicas do que em termos dos in-

teresses psicológicos dos outros. A perspectiva da autoridade é confundida com a própria.

2. Este estágio adota uma perspectiva individualista concreta. Uma pessoa neste estágio separa os interesses e pontos de vista próprios dos interesses e pontos de vista de autoridades e outros. Ele ou ela está cômscio de que todos têm interesses individuais a perseguir e que estes estão em conflito, de tal modo que o direito é relativo (no sentido individualista concreto). A pessoa integra ou relaciona uns com os outros os interesses individuais conflitantes através da troca instrumental de serviços, através da necessidade instrumental do outro ou da boa vontade do outro, ou pela equidade, dando a cada pessoa a mesma quantidade.

3. Este estágio adota a perspectiva do indivíduo em relação com outros indivíduos. Uma pessoa neste estágio está cômscia de sentimentos, acordos e expectativas compartilhados, que adquirem primazia sobre interesses individuais. A pessoa relaciona pontos de vista através da ‘Regra de Ouro concreta’, pondo-se na pele de outra pessoa. Ele ou ela não considera a perspectiva generalizada do ‘sistema’.

4. Este estágio diferencia o ponto de vista societário do acordo ou motivos interpessoais. Uma pessoa neste estágio adota o ponto de vista do sistema, que define papéis e regras. Ele ou ela considera as relações individuais em termos do lugar no sistema.

5. Este estágio adota a perspectiva do prioritário-em-face-da-sociedade – a perspectiva de um indivíduo racional cômscio de valores e direitos prioritários em face dos laços e contratos sociais. A pessoa integra perspectivas pelos mecanismos formais do acordo, do contrato, da imparcialidade objetiva e do devido processo. Ele ou ela considera o ponto de vista moral e o ponto de vista legal, reconhece que estão em conflito e acha difícil integrá-los.

6. Este estágio adota a perspectiva de um ponto de vista moral de onde derivam os ajustes sociais ou onde se baseiam. A perspectiva é a de qualquer indivíduo racional que reconhece a natureza da moralidade ou a premissa moral básica do respeito por outras pessoas como fins, não meios.

A decisão de consciência deve ser vista sob um duplo enfoque: o da aceitabilidade pelo direito<sup>12</sup> e o do estágio de desenvolvimento moral do autor por decisão de consciência (não mais autor por convicção de consciência).

### 2.1.1. O estágio 6: a aceitabilidade pelo direito da decisão de consciência

O primeiro enfoque, o da aceitabilidade pelo direito, pressupõe um desenvolvimento da teoria e da prática do direito, portanto, a decisão de consciência passa a ser objeto de discussão no *estágio 5* sendo consagrada no *estágio 6*, plenamente atingível, por ser a teoria dos estágios de Kohlberg histórica e, por conseguinte, refletir os níveis de consciência moral já presentes numa ética do discurso. Para melhor entender a resposta dada pelo direito à decisão de consciência, é suficiente recorrer aos próprios exemplos de Kohlberg e, inclusive, remontar ao exemplo de Antígona.

O chamado “Dilema de Henrique”<sup>13</sup>, no qual ele furta um medicamento de alto preço da farmácia para a esposa agonizante<sup>14</sup>, é analisado por três filósofos fictícios.

O primeiro filósofo dá a seguinte resposta: O que Henrique fez (a saber, furtar o medicamento para sua esposa agonizante), *não foi ilegal, mas também não era seu dever agir dessa forma*; tratou-se, pois, de *uma boa ação que ultrapassa o dever (a deed of supererogation*: um ato

<sup>12</sup> Kohlberg, em 1973, apresenta um estágio 7 de consciência moral, de fundo metafísico-religioso. Entretanto, este estágio de desenvolvimento moral, por pertencer, segundo o próprio Kohlberg, a uma outra dimensão do desenvolvimento formal-estrutural, não será aqui estudado.

<sup>13</sup> Obedece-se à tradução em português feita da obra “Estudos de Moral Moderna” de Karl-Otto Apel.

supererrogatório). Esta justificativa moral do furto é fundamentada com a alegação de que na legislação deveria propriamente ser considerado o ponto de vista (princípio) que a distribuição de medicamentos escassos deveria estar sujeita à honestidade. Mas, nas relações jurídicas vigentes, o farmacêutico, que insistiu no alto preço do remédio, tinha o direito a seu favor e se manteve no âmbito de seu próprio direito moral; a não ser que, em sua sociedade, a não-entrega do medicamento significasse um modo de agir abertamente reprovado. Em todo caso, ele não tinha nenhum direito moral de queixar-se do furto...

O filósofo 2 já avalia o caso de outra forma, dizendo: Henrique *agiu corretamente, ele devia furtar* o medicamento. Eis sua fundamentação: É verdade que, em geral, é prejudicial não obedecer à lei, e por isso existe o dever de cumpri-la; mas, há casos excepcionais nos quais, pela quebra da lei, se pode afastar de outras pessoas um prejuízo maior do que o prejuízo decorrente da quebra da lei .... o juiz, na opinião do filósofo 2, não deveria absolver o acusado Henrique, ou, se isso estivesse ao seu alcance, deveria puni-lo com uma sentença meramente nominal...

O filósofo 3 dá a seguinte resposta ao “Dilema de Henrique” (p.162): O que Henrique fez foi incorreto no sentido da legalidade, mas correto no sentido da moralidade. Cada um, pelo menos *prima facie*, tem a obrigação de salvar uma vida humana (se estiver em condições de fazê-lo). E este dever tem, evidentemente, a precedência, no caso do conflito entre ele e a norma legal de não furtar.” (Apel, 1994, p.243 e ss.)

Agora, outro exemplo, no âmbito da decisão de consciência, deve ser tomado como referência: o do estudante que, antes da guerra civil americana ou – *mutatis mutandis* – antes da abolição da escravatura no Brasil, infringia a lei e ajudava os escravos na fuga.

O estudante – e isso, segundo Kohlberg, é típico para o estágio 5 – vê um conflito entre a legalidade, no sentido do direito vigente, e o *moral point of view*; para o último aspecto ele não consegue, no entanto, aduzir como fundamentação nenhum *princípio intersubjetivamente válido*, mas apenas o direito da consciência subjetiva. Ele diz, é verdade, que segundo sua opinião, a escravidão representa uma injustiça, porque trata pessoas humanas como animais, e ele defende expressamente o direito moral do indivíduo a uma tal ‘opinião’ e, respectivamente, à correspondente “decisão de consciência” da desobediência civil. Mas no caso trata-se apenas de uma opinião da respectiva decisão subjetiva. A ela, segundo afirmação do estudante, se opõe o direito, então válido, do Estado, de modo que o indivíduo que se decide pela desobediência civil deve saber que ele se encontra à margem da sociedade (p.158). (*Idem*, p. 241-2)

Das análises de ambos os exemplos, do “Dilema de Henrique” e do jovem estudante abolicionista e, acrescente-se, da decisão de Antígona de sepultar Polinices, contrariamente ao édito estabelecido por *Creonte*, personagem que é a própria encarnação do direito da *polis*, passam a ser perceptíveis as várias posturas sobre a decisão de consciência.<sup>15</sup>

No “dilema de Henrique”, os filósofos 1 e 2 encontram-se no nível de desenvolvimento 5 e, somente o terceiro filósofo encontra-se no estágio 6. Com efeito, o primeiro filósofo *quer aplicar a norma posta*, as razões que justificam a sua não aplicação não se encontram suficientemente fortes. O segundo filósofo parte, é bem verdade, de uma ponderação de interesses: “há casos excepcionais nos quais, pela quebra da lei, se pode afastar de outras pessoas um prejuízo maior do que o prejuízo decorrente da quebra da lei.” (*Idem*, p.244). De mais a mais, a preconização da aplica-

<sup>14</sup>A hipótese, do ponto de vista jurídico-penal, é de inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, não há como deixar de levar em conta que há, na hipótese apresentada, uma escolha vivencial.

<sup>15</sup>Note-se que a teoria de Kohlberg, analisada sobretudo a partir de *Habermas* e *Apel*, está sendo estudada para a formulação de uma teoria do direito penal sobre a decisão de consciência.

Portanto, a postura dos autores que se dedicaram ao estudo do tema será analisada tendo em vista os níveis e estágios morais do estudo sobre a decisão de consciência e o tratamento que lhes foi conferido.

ção de uma pena meramente nominal<sup>16</sup> não deixa de ser desonrosa.<sup>17</sup>

O mesmo raciocínio aplica-se ao estudante abolicionista, a solução proposta é típica do estágio 5 de consciência moral. Também *Creonte*, inicialmente no estágio 4, justifica o tratamento diferenciado conferido aos irmãos em razão da conservação da lei da *polis*, entretanto, no decorrer da tragédia, com os diálogos com Antígona, Ismênia, Hêmon, e finalmente Tirésias e o corifeu, consegue abrir-se para os diferentes pontos de vista. (Freitag, 1989, p.104-8)

O estágio 5 consegue dar início à explicação da decisão de consciência, por ser este estágio marcado pela preocupação com o ponto de vista alheio, entretanto, a partir do estágio 6, com a terminologia proposta por G. H. Mead, da perspectiva generalizada de todos os outros, o “generalized other”, é que se consagra definitivamente a decisão de consciência. Assim, a resposta do filósofo 3 ao “Dilema de Henrique” é a mais coerente, por guardar uma visão do outro e, se a este mesmo filósofo, fosse apresentado o problema do jovem estudante ou o dilema de Antígona, ele poderia propor as seguintes soluções: o jovem abolicionista, mesmo violando a norma do Estado, agiu de acordo com o princípio de que nenhuma pessoa humana deve ser vista como meio; quanto a *Creonte*, a tragédia finda antes que ele possa chegar ao estágio 6, contudo, por sua abertura ao diálogo, pela assunção de vários pontos de vista, este estágio seria facilmente atingido.

Na verdade, a grande conquista da teoria do direito democrático é a sua abertura aos direitos da minoria, ou seja, a assunção de vários pontos de vista.

Até agora, o tratamento dispensado à decisão de consciência está relacionado à “perspectiva interna” da teoria do direito que guarda um certo conteúdo de moralidade.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> A preconização de aplicação de uma pena não desonrosa foi desenvolvida tendo em vista o duelo, comum entre os estudantes europeus.

<sup>17</sup> Carnelutti a respeito da desonra que acompanha a pena, em “As Misérias do Processo Penal”, obra de grande beleza e decantada melancolia, assim se expressou: “o encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano (...) A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.” Cf. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinali. 1.ed.São Paulo: Editora Conan, 1995, p.75 e ss.

<sup>18</sup> A moral é constituída por princípios do discurso altamente abstratos. Ora, a relação entre direito e moral é de complementaridade e não de subordinação. O direito legítimo é aquele que tem na moral a sua exata medida (moral como *medida para o direito correto*). Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tem po Universitário, 1997, p.256.

A decisão de consciência caracteriza-se pela plena reversibilidade do “role talking”, que deita raízes diretamente em Kant, que vê as *peçoas, como seres de vida autônoma (Selbstweckewesen)*, possuem um valor moral incondicional, e o *princípio, de todo correspondente da igualdade formal de direito de todas as pretensões (jurídicas) das peçoas em todas as situações*. (Apel, 1994, p.247)

É de se tomar cuidado, contudo, com o perigo de retrocesso aos estágios anteriores, como atesta o próprio exemplo de Kant, quando ao delatar seu aluno, quis elevar o “não mentir” a um dever incondicionalmente válido e, assim agindo, proibiu a mentira que serve para salvar uma vida humana. São Francisco de Assis, em análoga situação, quando perguntado por “onde passara o ladrão”, olhou para as mangas de seu hábito e disse: “por aqui não foi...”

A tendência é entender, como Kohlberg o fez, que Kant não poderia, em tese, dizer que a sua decisão foi uma decisão de consciência, porque o princípio de nunca tratar uma pessoa como meio deve ser aplicado contra o próprio princípio de não mentir. Daí, a extrema seriedade que esta assume:

não faria realmente sentido que a pessoa que se compromete na sua acção com a humanidade não a assumisse plenamente com abertura, honestidade e prontidão de sacrifício. (Dias, 1986, p.55)

Assim sendo, num primeiro momento, a decisão de consciência caracteriza-se como toda decisão séria, fundamentada na plena reversibilidade dos papéis, tomada por uma pessoa que a sente como incondicional e totalmente obrigatória, porque parte de uma visão de mundo oposta.

Como se vê, este primeiro esboço conceitual dá um passo adiante do que aquele adotado pelo *BverfG*, porque, neste último, a decisão de consciência é orientada pelas categorias do *bem* e do *mal*, sentidas interiormente como vinculantes. O conceito do *BverfG*, fundamentado no pensamento lógico-material, não é satisfatório, por tomar como referência uma

visão ontológica da realidade, que parte do pressuposto de que existe o “bem” e o “mal” e que, por isso, é fechada ao diálogo.

Há um impasse comum a ambos os conceitos, pois cabe levantar o seguinte problema: o inquisidor convencido de que deve eliminar os hereges ou o nazista, convencido do acerto de sua postura e atitudes, estão agindo em conformidade com uma decisão de consciência? Ou ainda, um terrorista que, convencido da nobreza de seus ideais políticos e do altruísmo de seu ato, mata algumas centenas de pessoas, também ele age impellido por uma decisão de consciência?

Portanto, para caracterizar a decisão de consciência deve-se levar em conta também o autor que a pratica, ou seja, mais do que ver a plena reversibilidade dos papéis é necessário vê-lo pelo “outro”, dentro da ótica do sistema.

### **2.1.2. Os estágios morais segundo Kohlberg. Autor por convicção e Autor por consciência. A proposta de Hans Welzel**

No segundo enfoque, o da perspectiva moral e o da sócio-moral como percebidas pelo sujeito,<sup>19</sup> traduzidas como o estágio de desenvolvimento moral do autor por decisão de consciência, três ordens de problemas são relevantes, a saber:

- 1º) Há um autor por convicção e um autor por consciência, como quer *Hans Welzel*?
- 2º) É válida a distinção entre decisão de convicção e decisão de consciência? Pode haver outro tipo de decisão?
- 3º) A pessoa que se encontra em qualquer dos estágios morais pode tomar uma decisão de consciência?

*Hans Welzel* foi o primeiro a propor a distinção entre autor por convicção e autor por consciência. Acrescente-se a estes dois tipos de au-

<sup>19</sup> Para a construção de um conceito sobre a decisão de consciência, “é necessário um ‘giro para o sujeito’”. ADORNO, Theodor W. *Palavras e sinais - Modelos Críticos*. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.

tores, um terceiro, o do *autor por caráter manipulador* ou por *consciência coisificada*.<sup>20</sup>

Os tipos ou espécies de autores devem ser definidos coletivamente, porque são múltiplas as condutas por eles praticadas:

**autores por convicção** são aqueles que atuam em desconformidade com um comando jurídico por estarem persuadidos intimamente que a conduta por eles praticada é correta, por agirem em conformidade com um saber moral que se julga “certo”;

**autores por consciência** são aqueles que atuam em desconformidade com um comando jurídico por se sentirem incondicional e obrigatoriamente vinculados a uma visão de mundo oposta;

**autores por caráter manipulador ou por consciência coisificada** são aqueles que se enquadram cegamente em coletividades transformando-se em algo quase material, desaparecendo como seres autodeterminados. (Adorno, 1995, p.115)

Ante o exposto, deve ser feita a distinção entre a decisão por convicção, a decisão por consciência e a decisão por manipulação. É certo, contudo, que a distinção entre as duas primeiras não é feita facilmente e, sempre pode restar uma margem de dúvida, no caso concreto, se a decisão foi de consciência ou de convicção. Já a decisão por manipulação, típica do autor por caráter *manipulador* ou autor por consciência *coisificada*, oferecerá a solução ao problema proposto no tópico anterior: o da conduta praticada pelo inquisidor, pelo terrorista ou pelo oficial nazista, dentre outros atos.

### 2.1.2.1. Autores por caráter manipulador ou autores por consciência coisificada. O contributo de Theodor Adorno.

Com fundamento na contribuição de Theodor Adorno, resta caracterizar os *autores por caráter manipulador* ou *autores por consciên-*

<sup>20</sup> A expressão “tipo de consciência coisificada” é empregada por Theodor Adorno. Cf. ADORNO, Theodor. Educação após Auschwitz. In: \_\_\_\_\_, *Palavras e sinais - Modelos Críticos*. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.

*cia coisificada*. Embora estas duas expressões tenham sido cunhadas por ele para tentar evitar a repetição da dolorosa experiência nazista, *grosso modo*, aplicam-se a todos os autores que tomam decisões, em conformidade ou não com o direito vigente, mas que sempre “condiz com a disposição de tratar os demais como massas amorfas.” (Adorno, 1995, p.115)

O inquisidor que acredita, firmemente, na perseguição e na queima dos hereges e bruxas, o terrorista que, convencido do acerto de seus atos, mata ou fere algumas centenas de pessoas, o nazista que, por acreditar em sua superioridade racial, manda ao extermínio milhares de judeus ou ciganos têm um ponto em comum: todos surgiram numa época de massas. Jacques Le Goff (1982, p.110/1) menciona que a Idade Média<sup>21</sup> é, tanto quanto hoje, um período de massas:

Aquilo a que a nossa sociedade actual é muito sensível, as massas, encontra-se na Idade Média. Embora desprezadas e reduzidas ao silêncio, elas têm um corpo, um peso, entrevêem-se. Quando o poder não fala delas, dá-se conta dos seus murmúrios, dos seus sobressaltos. A própria imagem da fogueira, evocada não sem arbitrariedade, pressupõe um povo assustado que assiste. As heresias ... são algo que se torna perigoso na medida em que movimentam as massas ...

O problema da modernidade é, portanto, a repetição ou perpetuação deste tipo de *autores por carácter manipulador* ou *por consciência coisificada*, que servem como instrumento a interesses escusos do Estado, porque “as pessoas não se compenetraram do monstruoso sintoma de que a possibilidade de repetição persiste no que concerne ao estado de consciência e inconsciência destas.” (Adorno, 1995, p.104)

De um lado, a sociedade de massas; de outro, a impossibilidade de vivência, pois a técnica tem sido fetichizada em detrimento de uma vida fundamentada em ‘fins’ ou, em outras palavras, de uma vida humana digna.<sup>22</sup>

Essa classe de *autores por carácter manipulador* ou *por consciência coisificada* tem, “antes de mais nada, a consciência que permanece

<sup>21</sup> Para Jacques Le Goff, a Idade Média compreenderia o período dos séculos II e III – da afirmação do Cristianismo – até à Revolução Industrial, no século XIX. Cf. LE GOFF, Jacques. *Reflexões sobre a História* – Entrevista de Francesco Maiello. Tradução de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1982.

cega frente a tudo o que veio a ser, frente a toda compreensão da própria racionalidade, e absolutiza o que é assim.” (Adorno, 1995, p.118)

A consciência coisificada nega qualquer oportunidade de vivência, de olhar para o outro, sendo, portanto, inabordável, por partir de uma concepção absoluta.

É suficiente observar os relatos ou as profissões de fé de vários destes autores por consciência coisificada, “pessoas deste tipo se identificam a si mesmas, em certa medida, com as coisas. Logo, quando lhes é possível, identificam também os demais com as coisas.” (*Idem*, p.115). É suficiente para a caracterização deles, mencionar o exemplo de vários nazistas, apenas para citar casos mais recentes, que questionados sobre suas atividades, durante a 2ª Guerra Mundial, sequer demonstraram arrependimento, como bem o demonstraram os relatos de Einchmann.

### 2.1.2.2 A decisão de consciência e os estágios de desenvolvimento moral

Finalmente, cabe analisar se a pessoa que se encontra em qualquer dos estágios morais, na perspectiva de Kohlberg, pode tomar uma decisão de consciência.

A decisão de consciência, como todo e qualquer instituto com reflexos na órbita penal, não exige um grau de heroísmo ou santidade de seus autores, pelo contrário, dirige-se ao homem concreto, ao homem culpável de Kierkegaard.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> “Os meios – e a técnica é a mais alta representação dos meios para a autoconservação da espécie humana – são ‘fetichizados’ porque os fins, uma vida humana digna, têm sido velados e expulsos da consciência das pessoas.” Cf. ADORNO, Theodor. Educação após Auschwitz. In: \_\_\_\_\_ . *Palavras e sinais - Modelos Críticos*. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995, p.118.

“Toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa.” CHAVES CAMARGO, A. L. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27/8.

<sup>23</sup> O pecado iguala todos perante Deus, daí a denominação dada por Kierkegaard de “comunidade dos únicos”. Vale acrescentar que este juízo moral, esta carga de culpa não mais estão fundamentados num conceito monológico da razão mas, no conceito de razão comunicativa.

Entretanto, somente no estágio em que *a pessoa adota a perspectiva do outro*, ainda que de forma incipiente, há decisão de convicção/consciência. Portanto, é a partir do estágio convencional 3, tanto na perspectiva moral quanto na perspectiva sócio-moral, que há a assunção do *role taking*, isto é, a “regra de ouro” passa a ser entendida no sentido da pessoa nesse estágio “tratar os outros assim como gostaria de por eles ser tratada”. Entretanto, não há ainda uma perspectiva do “sistema”, ou seja, o *role taking* ainda é limitado, no estágio 3, no sentido dos papéis estereotipados de um grupo concreto de relações, como o da família, dos amigos e conhecidos. Ser bom e, respectivamente, agir de maneira correta significa, agora, satisfazer as expectativas destes portadores de funções que nos são próximos, no sentido de um simples sistema convencional de virtudes, mais ou menos no sentido da exigência “*to be a nice boy or respectively, girl*” (ser um bom menino ou, respectivamente, menina). (Apel, 1994, p.238)

Retomando, uma vez mais, o exemplo de Antígona, observa-se que ela está no bloco dos atores “convencionais”, ou seja, Antígona parte do estágio 3 em termos de escala moral, por querer assegurar o direito de dar sepultura a Polinices como fôra dada a Eteócles. Quanto à perspectiva sócio-moral, ela está fechada em seu próprio ponto de vista:

Antígona somente conseguiria agir segundo o “stage six” com autonomia e independência, utilizando a justiça como o princípio único norteador de sua ação se tivesse assumido, cognitivamente, todos os pontos de vista possíveis. Ismênia lhe apresenta alguns, Creonte outros. O corifeu e o coro lamentam a sua inflexibilidade. Sua firmeza moral não é o resultado de uma exame racional, em que todos os pontos de vista tivessem sido considerados. Sua firmeza pode ser reflexo do fanatismo, de audácia moral que se sente divina. Antígona sabe da existência do sistema social mas o negligencia, pois se considera dona do saber “certo”, da lei divina. Passa do “stage three” ao “four” porque começa a duvidar, uma vez condenada, da integridade da lei divina, buscando reconhecimento diante dos cidadãos de Tebas (no interior da lei dos homens). (Freitag, 1989, p.106)

Logo, no estágio convencional 3, não há uma verdadeira decisão de consciência, mas, contrariamente, uma decisão de convicção. Antígona, nesta perspectiva, é uma **autora por convicção**, porque julga o seu ponto de vista “correto”, o seu saber é o único a ser considerado, porque é emanado da própria lei divina.

Difícilmente, contudo, uma pessoa que se encontra nos estágios 4 ou 5 da escala moral atua como autor por consciência ou autor por convicção. Isto porque, no estágio convencional 4 de escala moral, ela parte de uma perspectiva de manutenção da *lei e da ordem*, Apel (1994) bem o diz - a justiça passa a ser uma questão de defesa da própria ordem social contra seus adversários: criminosos, dissidentes e inimigos externos. No estágio convencional 5 de escala moral, ao contrário, “a atenção se transfere da defesa da lei e da ordem ao problema da legislação, necessária para maximizar o bem-estar dos indivíduos”. (Apel, 1994, p.240) Em ambos os estágios, há uma aceitação da lei, nação e Deus ou dos direitos prioritários e contrato social, ou seja, falta na pessoa que se encontra nestes estágios o “moral point of view (o ponto de vista moral) e, com isso, o princípio moral, a partir do qual o indivíduo, no questionamento sobre lei e direito, pode orientar-se em suas ações.” (*Idem*, p.241)

Portanto, o verdadeiro autor por consciência é aquele que se encontra, em princípio, no estágio 6 de escala moral, porque assumindo a perspectiva de todos os outros, escolhe um ponto de vista moral para orientar suas ações.

### **2.1.3. Decisão de consciência como o mais alto estágio da consciência moral na ótica da ética da comunicação**

A escolha de um ponto de vista moral para orientar a ação do autor por consciência deve ter como princípio a *ética da comunicação*<sup>24</sup>: “Age de tal forma, como se tu fosses membro de uma comunidade ideal de comunicação!”

<sup>24</sup> A ética da responsabilidade seria um estágio 7 de consciência moral, extremamente importante, porque “no mundo da vida não se pode contar tão simplesmente com a relação entre uma racionalidade estratégica e uma racionalidade ética (consensual-comunicativa), como nos pode parecer, a partir da perspectiva da auto-reflexão do discurso argumentativo afastado da ação.” Cf. APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. São Paulo: ed. Vozes, 1994, p. 281.

É certo que as pessoas socializadas, que “no seu dia-a-dia comunicam-se entre si através da linguagem comum, não têm como evitar que se empregue esta linguagem também num sentido voltado ao entendimento.” (Habermas, 1993, p.98).

Assim, as pessoas agem comunicativamente<sup>25</sup> porque são obrigadas a agir assim. Há, na verdade, um paradoxo: a utilização da linguagem, da fala, da comunicação, em suma, existe porque não há comunicação entre as pessoas. Quer dizer, na fala estão sempre presentes ruídos de comunicação num pano de fundo comum ou em formas de vida compartilhadas.

Em nossos mundos da vida, compartilhados intersubjetivamente e que se sobrepõem uns aos outros, está instalado um amplo pano de fundo consensual, sem o qual a prática cotidiana não poderia funcionar de forma nenhuma. (*Idem*, p.105)

O autor por consciência, no entanto, não compartilha este pano de fundo consensual, embora saiba e encontre, na interpretação semântica de seu grupo social, os valores aí vigentes.

Daí, decorrer a situação de, ao determinar um dissenso comunicativo, atingir um bem jurídico e causar um dano social relevante, ou, manter sua vontade autônoma, interiorizada na razão argumentativa, agindo de acordo com a expectativa social. (Chaves Camargo, 1994, p.185)

---

Dando continuidade ao seu raciocínio, diz que seria ideal que “todos os homens, no sentido do estágio 6, fossem capazes e, além disso, dispostos a solucionar todos os problemas moralmente relevantes – sobretudo conflitos de direitos – somente segundo o parâmetro do princípio regulador da discursiva formação do consenso. Mas nós não vivemos num mundo assim. E contudo supor isto – exceto na inevitável antecipação contrafática que faz parte do discurso argumentativo isento de ação – supô-lo, portanto, numa situação de ação real seria não só ingênuo, mas *moralmente irresponsável*.” Cf. APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. São Paulo: ed. Vozes, 1994, p. 282.

Para Apel, há uma ilusão idealista em J. Habermas quanto à teoria da ação comunicativa: “O ponto crítico é que Habermas, diferentemente de mim, não acredita que é possível formular uma fundamental última transcendental reflexiva da ética, assim ele se expressa em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Habermas recorre à eticidade do mundo vivido. É um movimento argumentativo muito estranho. Os relativistas perguntam a que mundo vivido ele se refere. Por isso, creio que Habermas incorre em uma ilusão idealista, transfigurando idealisticamente o mundo vivido.” (Zero Hora, 18.11.90)

Entretanto, a crítica de Apel não procede. Há sempre um fragmento de idealidade na linguagem e, afinal de contas, deve-se recorrer à eticidade do mundo vivido, porque todas as pretensões de validade só podem ser resgatadas através de argumentos e, mesmo estes, que hoje podem parecer verdadeiros, poderão no futuro revelar-se falsos, à luz de novas experiências e informações. Cf. HABERMAS, Jürgen. Sobre o alcance e a limitação das teorias. In: *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1993, p. 98.

<sup>25</sup>O “agir comunicativo” pode ser definido como a fala das pessoas humanas dirigidas ao consenso.

O autor por consciência encontra-se, portanto, na presença de um dilema: de um lado, o *mundo da vida*; de outro, a sua *consciência*.

O mundo da vida tem a função de um

reservatório cultural, no qual são conservados os resultados da elaborações históricas realizadas pelos processos de ação. Neste sentido, o mundo da vida armazena o trabalho de interpretação feito previamente pelas gerações anteriores. Esta provisão de saber fornece a seus membros convicções de fundo admitidas e compartilhadas sem problemas. O mundo da vida “é o contrapeso conservador contra o risco de dissenso que surge com todo processo atual de entendimento”. (Xavier Herrero, 1986, p.21)

Em conseqüência o mundo vital articula-se em três componentes estruturais: *cultura, sociedade e pessoa*.

Cultura entendida como “ a provisão do saber do qual os participantes da comunicação se abastecem com interpretações, enquanto eles se entendem sobre algo no mundo”. Sociedade, como “ordenamentos legítimos sobre os quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais e, assim, asseguram a solidariedade”. Personalidade, como “as competências que tornam um sujeito capaz de linguagem e de ação, portanto, que o capacitam para participar em processos de entendimento e para afirmar neles a própria identidade”. (*Idem*, p.21)

Com efeito, o autor por consciência toma a sua decisão em conformidade com a sua visão moral e, somente o ponto de vista moral é que o obriga a distinguir, por meio da comunicação, entre o que está certo e o que é bom. Quer significar que esta distinção deita raízes na antiga tensão entre os saberes sapienciais e o amor à sabedoria.

Enquanto os primeiros transmitem o que é bom pela proclamação do bem, o amor à *sophia* põe em cena personagens que dialogam acerca do que é bom. O contraste entre as

duas formas de comunicação torna-se flagrante, ao se comparar os respectivos resultados. Para um saber sapiencial, bons são aqueles que voltam a escutar a voz do bem, a ponto de ouvirem seu próprio silêncio, pois, limitados pela escuta do bem foram desaprendendo a ser bons. Na tradição socrática, pelo contrário, bons são aqueles que aprendem a sê-lo, a fim de poderem dispensar o arauto do bem, por saberem o que é bom. A sabedoria de quem retorna ao mesmo ponto para prestar ouvido aos anúncios do bem é, desde Sócrates (470-399 a.C), incompatível com a sabedoria daquele que, tendo aprendido em um lugar o que é bom, pode vir a trocá-lo a bel-prazer e concluir, alhures, o aprendizado daquilo que lhe faz bem. Em suma, os bons que possuem a sabedoria não saem jamais de seus lugares, enquanto os bons que cultivam o amor à sabedoria são desalojados continuamente pelo bem que os faz melhores. Àqueles basta que sejam ouvidos, esses necessitam de comunicação. Os primeiros prezam o *ethos* que os torna bons, os segundos zelam pelas condições que os forçam a agir bem. (Heck, 1994, p.355)

Conclui-se que os verdadeiros autores de consciência são em número bem reduzido, contrariamente, aos autores por convicção.

Como exemplos de decisão de consciência, podem ser tomados os exemplos de *Sócrates* e do *Jesus Cristo histórico*. Ambos, mesmo contra as leis da época, agiram em conformidade com a sua consciência.

Em 399 A.C., o tribunal dos Heliastas, reuniu-se, com cerca de quinhentos membros, para julgar Sócrates.

Diante do tribunal popular, Sócrates é acusado pelo poeta Meleto, pelo rico curtidor de peles, influente orador e político Ânito, e por Lícon, personagem de pouca importância. A acusação era grave: não reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e corromper a juventude. (Pessanha, 1999, p.7)

Fosse por inveja, por uma crença verdadeira sobre a sua culpabilidade ou por simples temor às suas idéias, o fato é que Sócrates foi declarado culpado e, ante a alternativa de abjurar de sua consciência ou submeter-se a pena de morte, ele preferiu a última.

Também, no exemplo de Jesus Cristo *histórico*, encontra-se um verdadeiro autor de consciência.

Diz Sousa Neto (1956, p.14):

Se (Jesus Cristo) afirmou que reedificaria o Templo em *três dias*, caso êle fôsse destruído, estava patenteado o crime de *falsa profecia*. Se disse que era filho de Deus, menoscabando Jeová, consumava o delito de blasfêmia.

Jesus Cristo, levado ao Sumo Sacerdote Caifás, foi submetido ao julgamento pelo Sinédrio.

O sumo sacerdote perguntou de novo: “És tu o Cristo, o Filho do Deus Bendito? Jesus respondeu: “Eu sou! E vereis o *Filho do homem sentado à direita do Todo-Poderoso, e vir com as nuvens do céu.*”

O sumo sacerdote rasgou seu manto e exclamou: “Para que ainda precisamos de testemunhas? Acabais de ouvir esta blasfêmia. Que pensais disto?” E todos pronunciaram a sentença de morte contra ele. Então, alguns começaram a cuspir nele, a cobrir-lhe o rosto com um pano e a dar-lhe murros, dizendo-lhe: “Profetiza!” E os guardas o receberam às bofetadas. (Marcos 14, 61-65)

A mesma situação, na narrativa do Evangelho de Lucas (22, 66-71), tem contornos de maior fidedignidade:

Logo ao amanhecer, reuniu-se o conselho dos anciãos do povo, dos sacerdotes-chefes e mestres da lei. Levaram-no ante seu tribunal e lhe disseram: “Se és o Cristo, afirma-nos isso!” Ele respondeu: “Se eu o afirmar, não acreditareis. Se vos interrogar, não me respondereis. Mas, desde agora, o

*Filho do homem estará sentado à direita do Poder de Deus.*” Então lhe perguntaram: “Logo, tu és o filho de Deus?” Respondeu-lhes: “Vós mesmos o dizeis: eu sou”. Exclamaram: “Que necessidade temos ainda de testemunho? Nós mesmos o ouvimos da sua boca!”

## **2.2. Decisão de consciência**

Ante o exposto, *decisão de consciência é toda decisão séria, fundamentada na plena reversibilidade dos papéis, tomada por uma pessoa que a sente como incondicional e totalmente obrigatória, por ser fruto das circunstâncias que a forçam a agir bem, por partir de uma visão de mundo vivencialmente oposta ao mundo da vida (lebenswelt).*

### **2.2.1. Decisão de convicção e decisão de conveniência**

Já a decisão de convicção *é toda decisão tomada em desconformidade com um comando jurídico por estar a pessoa persuadida intimamente que a conduta por ela praticada é correta, sem adotar uma perspectiva sistêmica, por agir com um saber moral que julga “certo”*. Por outro lado, decisão de conveniência é aquela decisão tomada tendo em vista os interesses da própria pessoa, em outras palavras, é uma decisão de ocasião. Este último, é o chamado *“autor de atitude”*, na concepção de Silva Dias (1986, p.64), ou seja, “ele age com base numa situação inteiramente pessoal, sem qualquer ponto de referência objectivo.”

PETERS dá o exemplo do indivíduo que presta um falso testemunho em favor da mulher amada. O mesmo exemplo já havia sido fornecido por HELMUTH MAYER, *Strafrecht*, A. T., ed. Kohlhammer, Stuttgart unda Köln, 1953, pág.260, para ilustrar que a consciência destituída de valores objectivos válidos incorre em culpa moral. O autor do falso testemunho comportou-se por isso de modo moralmente

censurável: “ (...) o altruísmo não afasta o facto objectivo de que a vontade na sua direção é objectivamente má se fixa de forma absoluta os seus fins egoístas ou altruístas”. Também para PETERS, a decisão não é aqui extraída de uma ordem objetiva, mas de uma situação pessoal concreta porque não tem tendência para a validade geral como regra ética fundamental e porque não conduz à notoriedade, antes visa o seu encobrimento na comunidade jurídica. (*Idem*)

O falso testemunho cometido para salvar a mulher amada constitui, realmente, uma decisão de conveniência, porque, embora não estando convencido moralmente do acerto de sua decisão, a testemunha agiu impelida por um significado e fim egoísticos.

### 3. CONCLUSÃO

1. A decisão de consciência, latamente compreendida, é um problema da modernidade, trazido a lume, na teoria penal, a partir da *República de Weimar*.
2. Esta decisão não é indiferente ao direito, porque uma vez submetida aos tribunais o tratamento aberto conferido ao tema deve satisfazer, em cada caso, as exigências de segurança do direito e de aceitabilidade racional.
3. A visão filosófica da decisão de consciência é da interação: todos os pontos de vista devem ser respeitados prevalecendo o *melhor argumento*.
4. Toda decisão de consciência envolve um juízo moral.
5. **Autores por convicção** são aqueles que atuam em desconformidade com um comando jurídico por estarem persuadidos intimamente que a conduta por eles praticada é correta, porque fundamentados num saber moral que se julga ‘certo’.
6. **Autores por consciência** são aqueles que atuam em desconformidade com um comando jurídico por se sentirem incondicional e obrigatória-

- mente vinculados a uma visão de mundo oposta.
7. **Autores por caráter manipulador ou por consciência coisificada**, na perspectiva de Adorno, são aqueles que se enquadram cegamente em coletividades transformando-se em algo quase material, desaparecendo como seres autodeterminados.
  8. O legítimo autor por consciência ou a decisão por consciência é somente encontrada no estágio 6. Contudo, a partir do estágio convencional 3 é que se pode falar de decisão de convicção ou autor por convicção.
  9. *Decisão de consciência é toda decisão séria, fundamentada na plena reversibilidade dos papéis, tomada por uma pessoa que a sente como incondicional e totalmente obrigatória, por ser fruto das circunstâncias que a forçam a agir bem, porque parte de uma visão de mundo vivencialmente oposta ao mundo da vida (lebenswelt).*
  10. *Decisão de convicção é toda decisão tomada em desconformidade com um comando jurídico por estar a pessoa persuadida intimamente que a conduta por ela praticada é correta, sem adotar uma perspectiva sistêmica, por agir com um saber moral que julga 'certo'.*

## RESUMO

*Aborda o problema da decisão de consciência na ótica da ética da comunicação. O marco teórico adotado permite ver o discurso jurídico como um caso especial de aplicação do discurso moral, o que, evidentemente, justifica a reprodução dos estágios morais de Kohlberg. Apresenta uma visão tripartida dos tipos de autores por convicção/consciência, a saber, autores por convicção, autores por consciência e autores por caráter manipulador ou por consciência coisificada. Finalmente, como o direito penal não se presta à função de polícia de consciências, é dado o conceito das decisões tomadas por cada um dos autores.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. *Palavras e sinais - Modelos Críticos*. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.

APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. São Paulo: ed. Vozes, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. 1.ed. São Paulo: Ícone Editora, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. 1.ed. São Paulo: Editora Conan, 1995.

CHAVES CAMARGO, A. L. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*. 1.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

FREITAG, Bárbara. O Conflito Moral. *Rev. TB*. v.98, p.79-124, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Sobre o Alcance e as limitações das teorias. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário. 94v. 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LE GOFF, Jacques. *Reflexões sobre a História – Entrevista de Francesco Maiello*. Tradução de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1982.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *A objecção de consciência em processo penal* (Universidade Central de Barcelona). Tradução de Eduardo Maia Costa. Comunicação pessoal, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1996.

STROEHER, Egon A. A objeção de consciência. *Teocomunicação*. 27 v. Porto Alegre: PUC, setembro 1997.